بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الكويت
كلية الحقوق

الدورات التدريبية للعام الجامعي ٨٧/٨٨

طبيعة الأوامر التغييرية
وصلتها بقانون المناقصات العامة

المستشار الدكتور ابراهيم مصطفى مكارم*

* مستشار بمحكمة استئناف مصر، وبادارة الفتوى والتشريع الكويت سابقا، وحاليا بمكتب الصالح وجراهام وجيمس.

تقديم

موضوع هذه المحاضرة يكشف عنه عنوانها فهو يتناول بصفة رئيسية طبيعة الاوامر التغييرية ، ومن ثم صلتها بقانون المناقصات العامة وهو موضوع يدعونا الى أن نشير بادىء ذي بدء الى اهميته في مجال تنفيذ عقود مقاولات الانشاء عامة كانت أو خاصة ، ومصدر هذه الاهمية افتراش هذا الموضوع مساحة كبيرة من المنازعات التي تتناول تنفيذ مقاولات الانشاء سواء في اثناء تنفيذها أو بعد تنفيذها ، ومطالعة سريعة لبعض هذه المنازعات تكشف عن مصداقية هذه المقولة . ففي منازعة دارت حول مبلغ -/٨٠٠ر٠٠٠ د.ك بلغت قيمة الاوامر التغييرية فيها -/٦٠٠ر٠٠٠ د.ك أي بنسبة (٧٥%)

ومع غياب الاحصائيات العامة نكتفي مما تقدم كعينة احصائية تكشف عن أهمية الاوامر التغييرية .

وإذا كانت هذه هي أهمية الموضوع الذي نحاضر فيه ، فمن ناحية أخرى يطرح هذا الموضوع أكثر من سؤال منها ما يتعلق بالمصطلح الذي يجري التعامل معه وهو الاوامر التغييرية ، ومنها ما يتصل بالطبيعة القانونية لهذه الاوامر والاثار القانونية المترتبة عليها واخيرا حدود صلتها بقانون المناقصات العامة وهو ما يدعونا الى القاء نظرة عاجلة على هيكل قانون المناقصات العامة لدى موضعها فيه ، وكذا على القوانين التي تتناول المناقصات لبعض المؤسسات العامة ونخص منها مؤسسة الموانيء التي تتمتع بقانون خاص لعقودها ، وجميع ذلك يتم فيما يلي :

أولا : تمهيد : التعريف بالمصطلح :

مصطلح الاوامر التغييرية مصطلح لا تختص به عقود المناقصات العامة بل يرد في عقود الانشاء العامة أو الخاصة ، وهو كما يكشف عنه تركيبه اللغوي سواء في ذلك باللغة العربية أو باللغة الانجليزية Variation Orders وهو يفترض عقد تحددت به الاعمال الاساسية ، وأن ترد الاوامر التغييرية على هذه الاعمال زيادة أو نقصا بالمغايرة للقاعدة الرئيسية والاصولية ان العقد شريعة المتعاقدين اذ الاصل فيها أيضا أنها اتفاق بين طرفي العقد أي مصدرها أيضا هو العقد شريعة المتعاقدين ، ودون ان نصادر على المطلوب نكتفي في هذا الموضع بهذه الاشارة ، ونقول في تعريف الاوامر التغييرية ، أنها حق رب العمل في تعديل موضوع عقد مقاولة انشاء بالزيادة أو بالنقص وفي حدود جوهر هذا الموضوع كزيادة مساحة البناء السكني الذي تم التعاقد على انشائه أو اضافة ملحق له أو عدم ذلك وكذلك يعد أمرا تغييريا اضافة طولا جديدا لطريق يجري انشائه او مما هو من مستلزماته .

ويجري صياغة شرط الاوامر التغييرية في عقود الانشاء بأكثر من عبارة ولكن نشير الى صياغته في عقود ال(Federation Internationale des Ingenieurs Conseils(Fidic)

حيث يجري النص عليه بالعبارات التالية:

مادة ١/٥١ للمهندس ان يحدث أي معدلات في شكل أو نوعية أو كمية الاعمال أو أي جزء منها يراه ضروريا ، كما أن للمهندس السلطة أن يأمر المقاول أن يعمل وعليه أن ينفذ أيا مما يلي :

أ) أن يزيد أو ينقص في كمية أي عمل يشمله العقد .

ب) أن يحذف أيا من فعل هذه الاعمال .

ج) أن يغير صفة أو نوعية أو أيا من هذه الاعمال .

د) أن يغير في مستوى تخطيط مواقع أو أبعاد أي ضرر من هذه الاعمال .

هـ) أن ينفذ أي عمل اضافي لازما أو ضروريا لانجاز الاعمال ولا تؤدي هذه التعديلات بأي حال الى ابطال العقد أو فسخه انما يجب أن تؤخذ نتيجة هذه الاعمال بعين الاعتبار عند تقدير قيمة العقد .

وفي ضوء ما تقدم نتناول الطبيعة القانونية لهذه الاوامر وذلك فيما يلي :

ثانيا : الطبيعة القانونية للاوامر التغييرية :

أشرنا في تعريف هذه الاوامر الى انها وان كانت استثناء من القاعدة الاصولية ان العقد شريعة المتعاقدين وهي قاعدة تقتضي أن يلتزم طرفاه بأحكامه ، إلا أنها من ناحية أخرى فمصدرها ذات القاعدة اذ يتم الاتفاق عليها في عقود الانشاء بالنص على النحو المتقدم على حق رب العمل في اجراء تعديل في موضوع العقد بالزيادة أو النقص وفقا للاحكام الذي يتضمنها العقد .

ويكشف هذا التعريف عن الطبيعة القانونية لهذه الاوامر وعن عناصرها القانونية وهي التي يمكن أن نلخصها فيما يلي :

١- أن مصدرها العقد ، ومن ثم تتحدد بما يرد في شأنها في العقد . (ولكن هل يلزم ان يكون العقد بالتكلفة الاجمالية) .

٢- انها من مستلزمات العقد .

٣- انها لا تختلف عن جوهر موضوع الاعمال الرئيسية بالعقد .

٤- انها لا تتجاوز نسبة ما يتفق عليه .

ونعالج كل من هذه العناصر على التفصيل الاتي :

١- <u>ان مصدرها العقد :</u>

وبيان ذلك انه كما تقدم ان الاصل ان العقد شريعة المتعاقدين اذ تنص المادة ١٩٦ من القانون المدني على أن :

> العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأحدهما ان
> يستقل بنقض او تعديل احكامه ، الا في حدود ما
> يسمح به الاتفاق او يقضي به القانون .

وتطبيق هذا الحكم على الاوامر التغييرية يجعلها تقع في دائرة ما يسمح به الاتفاق فهي تتحدد بهذا الاتفاق سواء من حيث الكم أو من حيث النوع .

وهناك سؤال مطروح متعلق بهذا العنصر ، وهو هل يلزم أما يكون العقد الذي يرد عليه الامر التغييري عقد تكلفة اجمالية Lump Sum ام انه يمكن ان يكون عقد تكلفة فعلية Cost Plus .

الحقيقة ان تعريف عقد التكلفة الاجمالية او التكلفة الفعلية لا ينبغي ان يكون تعريفا جامدا بل العبرة بالعناصر الواردة في كل منهما وفي رأينا أن عنصر الزمن هو عنصر ذو أثر مباشر عل تكييف العقد فإذا كان يلزم اتمام تنفيذ العقد المحدد

بالتكلفة الفعلية في خلال اجل معين اخذ حكم العقد ذو التكلفة الاجمالية ، و هذا الموضوع بتفصيل اكثر فيما يلي :

٢- انها من مستلزمات العقد:

هذا المعنى واضح في عبارات الشروط الدولية ال FIDIC . وهي أيضا تجد مصدرها في القانون المدني اذ تنص المادة ١٩٥ مدني على الاتي :

> لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط او يسري عليه من أحكام القانون ، وانما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقا لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة ، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل .

وتحديد ما هو من مستلزمات العقد او ما هو ليس كذلك مسالة نسبية بطبيعة الحال فهي تقوم على ما استقر في صناعة المقاولات فانشاء ملحق خدم في بناء سكني هو من مستلزمات العقد ، وفي حالة اخرى لعد انشاء مسجد لبناء مجلس الامة هو امر تغييري للعقد الرئيسي بانشاء المجلس .

وهذه الجزئية تتصل بالجزئية التي تليها والتي تتعلق بأن الاوامر التغييرية تقع في حدود جوهر الاعمال الرئيسية للعقد .

٣- إلا تختلف عن جوهر الاعمال الرئيسية للعقد:

وتعتبر هذه النقطة احدى النقاط المثيرة للخلاف ، وفي القضاء الامريكي يجري التفرقة بين التغييرات الجوهرية أو يسمى Cardinal Change وهي تخرج عن فكرة الاوامر التغييرية ، فزيادة عدة كيلومترات لطريق عادي لا يعد تغييرا جوهريا في طبيعة الاعمال الرئيسية للعقد ولكن طلب انشاء ممر هبوط طائرات في عقد انشاء طريق عادي هو بمثابة تغيير جوهري في طبيعة الاعمال الرئيسية لهذا العقد مما يخرج بهذا الطلب عن مفهوم الاوامر التغييرية .

ومن ناحية اخرى ومما يتصل بهذه النقطة ما يثار عادة حول حالة المراحل المتماثلة المختلفة الشروط من ناحية قيمة العقد وليس من ناحية طبيعة اعماله ومن ذلك ان يتفق على أن يكون عقد انشاء طريق بالتكلفة الاجمالية ، ثم يطلب من

المقاول انشاء طريق آخر بذات اسعار العقد الاول ولكن بالتكلفة الفعلية ، فهل يعد هذا بمثابة امر تغييري او بمثابة عقد جديد - سبق تناول هذه النقطة في العنصر الاول ، وانتهينا الى رأي ان تحديد ما إذا كان العقد ذو تكلفة فعلية او اجمالية انما يتوقف على دراسة عناصره وليس بناء على ما يطلقه عليه المتعاقدان وهذه قاعدة أصولية اتفق عليها القضاء ، وعلى هذا وكما ذكرنا سابقا فالرأي لدينا أن عنصر المدة هو الذي يحدد ما اذا كان عقدا ذي تكاليف اجمالية أو فعلية فإذا خلا العقد من شرط المدة وتحددت اسعاره على أساس فكرة التكلفة الفعلية كان العقد عقدا جديدا اما اذا التزم فيه المتعاقدان بشرط المدة فهو ما زال عقد تكلفة اجمالية طالما ان عنصر حساب الكميات لا يختلف في حقيقة الحال بين عقد او آخر ، وتطبيق هذا الرأي ينتهي فيما هو محل للتساؤل الى القول بأنه اذا كان عقد المرحلة الثانية يتضمن التزاما على المقاول بانهائه في أجل معين اخذ العقد حكم العقد الاول من حيث اعتباره امرا تغييرا . وتبدو اهمية هذه التفرقة عندما نتناول الاثار القانونية المترتبة على الامر التغييري .

٤- يجب الا تتجاوز النسبة المتفق عليها في شانها :

ويبدو هذا العنصر في عبارات عقد الفيديك سابق الاشارة اليه ، والتي تحدد هذه النسبة ب ١٥% فإن تجاوز الامر التغييري هذه النسبة عد هذا الامر بمثابة عقد جديد فلا تسري على الامر اسعار العقد الرئيسي بل يجب ان يتم الاتفاق على سعر جديد في شانه ، ومفهوم ذلك ان تجاوز النسبة يأخذ حكم الاختلاف الجوهري عن موضوع العمل الرئيسي الذي سبق وان عالجناه في العنصر السابق ، وهما عنصران تبدو اهميتهما في بحث الاثار المترتبة على الاوامر التغييرية .

ثالثا الاثار القانونية المترتبة على الاوامر التغييرية:

تناولت هذه الاثار عبارات واردة بالمادة ٥٢ من الشروط الدولية : (الفيديك) فوفقا لهذه المادة للمقاول الحق في تعويض مناسب عن الاوامر التغييرية يجري تحديده وفقا لاسعار العقد ويتم ذلك بمعرفة المهندس الكبير (Big.E) ، فإن لم توجد مثل هذه الاسعار فيكون ذلك وفقا لما يتفق عليه طرفا العقد فإن لم يتفقا كان قرار المهندس الكبير هو الواجب التطبيق ، ثم تضيف تلك المادة الاتي :

> فإذا كانت التغييرات تزيد عن ١٥% من قيمة العطاء فتعدل قيمة العقد ، وان لم يتفق الطرفان كان قرار المهندس الكبير هو الواجب التطبيق .

وعلى ضوء هذه العبارات نستطيع أن نشير الى ان آثار الامر التغييري تنعكس على حقوق كل من طرفي العلاقة في عقد مقاولات الانشاء :

١- <u>فمن ناحية حقوق رب العمل:</u>

فإن الامر التغييري يعطيه الحق في تنفيذه بذات اسعار العقد الرئيسي وذلك اذا كان الامر يتضمن اضافة لاعمال العقد ، فإن كان متضمنا انتقاصا في هذه الاعمال فهو من ناحية لا يرتب للمقاول حقا بالزام رب العمل بكل الاعمال ومن ناحية أخرى يعطى لرب العمل الحق في انقاص قيمتها بذات قيمة الاسعار المتعاقد عليها ولو كانت هذه الاسعار قد نقصت قيمتها السوقية .

٢- <u>حقوق المقاول:</u>

تثير الاثار القانونية المترتبة على الاوامر التغييرية بالنسبة للمقاول كثيرا من المسائل :

أ) فمن ناحية ما إذا كان قد ترتب على الامر التغييري امتداد اجل تنفيذ العقد سواء اخذ هذا الامتداد صورة تاخير في التنفيذ لم يصدر به أمر من رب العمل او كان مصدره امر بمنح مدة تاخير extension of time ، ومدى انعكاس هذا التاخير على حقوق المقاول في التعويض عن عنصر الزمن الذي لا يدخل في عنصر العمالة او المعدات او المواد ، وقضاء التحكيم مستقر على تعويض المقاول عن عنصر الزمن في هذه الحالة .

والسؤال الذي يطرح نفسه والمرتبط بهذه الجزئية ما هو اثر الزمن على عقد المقاول في المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فقد يترتب على الامر التغييري ان يمتد أجل تنفيذ العقد بما ينطبق في شانه شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وهي عدم التوقع وعدم امكان المفاداة والخسارة الفادحة التي تقلب الموازين الاقتصادية للعقد ، لا شك ان اثر الامر التغييري هنا سيرتب اثرا على أسعار العقد بالتطبيق لهذه النظرية .

ب) ومن ناحية أخرى يثور التساؤل حول اثر الامر التغييري المتضمن مرحلة جديدة ولو اختلف في شروطه من حيث اذا كانت قيمة اجمالية او فعلية عن عقد المرحلة الاولى على حقوق المقاول ، فقد انتهينا الى أن هذا العقد يعد

أمرا تغييرا يأخذ حكم زيادة نسبة الاوامر المذكورة عن المتفق عليه ومن ثم يسمح بأن يعاد النظر في قيمة العقد كله سواء عقد المرحلة الاولى أو الثانية اذا كان قد امتد العقد زمنا على نحو يلحق ضررا باقتصاديات المقاول .

ج) ومما يرتبط بالنقطة السابقة تطبيق المادة ٥٢ من الفيديك من حيث أثر زيادة نسبة الاوامر التغييرية على حقوق المقاول وواضح أن آثارها لا تقف فقط عند حد سعر الامر التغييري بل تمتد الى قيمة العقد ككل .

د) ومما يرتبط أيضا بحقوق المقاول المترتبة على الامر التغييري هو مدى الزام قرار المهندس الكبير للمقاول وواضح هنا ان قرار المهندس وهو يفترض انه أكثر ولاء لرب العمل ليس ملزما للقضاء ، اذا انه ليس محكما فردا بل هو مستشار المشروع ، فرأيه غير ملزم للاطراف .

رابعا : <u>صلة الاوامر التغييرية بقانون المناقصات العامة</u>

ترتبط الاوامر التغييرية بقانون المناقصات العامة ، على نحو قد يدعو البعض الى الاعتقاد انها لا توجد خارج دائرة هذا القانون والواقع غير ذلك فهي توجد في عقود المقاولات الخاصة وجودها في عقود المقاولات العامة ، والنص الذي يعالجها هو نص المادة ٦٤ من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ الذي ينص على الاتي :

> لا يجوز ادخال تعديلات على المناقصة تتجاوز ٥% من مجموع قيمتها بالزيادة أو بالنقص ، إلا بموافقة لجنة المناقصات المركزية .

وكذلك تنص المادة ٨٨ من المرسوم الاميري الصادر سنة ١٩٨٠ باللائحة الداخلية للمؤسسة العامة والمتضمن من بين مواده مواد القانون الخاص لعقودها على الاتي :

> لا يجوز ادخال تعديلات على عقد المناقصة تتجاوز ٣% من مجموع قيمتها بالزيادة او بالنقص الا بموافقة لجنة العقود ، كما لا يجوز ادخال تعديلات على عقد المناقصة تتجاوز ٦% من مجموع قيمتها بالزيادة أو بالنقص إلا بموافقة مجلس ادارة المؤسسة .

ويلاحظ ان هذين العقدين يعالجان الاوامر التغييرية بحذر شديد تحسبا من اتخاذها بابا خلفيا للخروج على مبدأ المساواة في قانون المناقصات ، وهو تحسب لم يحل بطبيعة الحال من اتخاذ هذه الاوامر فعلا بابا خلفيا للخروج على رقابة الجهات المختصة بالرقابة على المناقصات العامة ، ولكن تظل للاوامر التغييرية أهميتها وضرورة الابقاء عليها وأي طعن عليها او مطالبة بالغائها ينتهي الى شل حركة مقاولات الانشـاء ، مثل هذه الدعوة كمثل الدعوة الى الغاء شرط التحكيم من عقود الاشغال العامة ، فهي دعوة ترفض واقع التسعير الذي ينظر الى التحكيم كوسيلة لخفض تكلفة المشروعات لا زيادتها ، ولهذا الحديث موضع آخر ولكن المقارنة بين الدعوة الى الغاء الاوامر التغييرية والدعوة الى الغاء التحكيم على وجه الاطلاق هي التي دعت اليه ، ونختتم بما تقدم من عبارات تقويما وتقييما لفكرة الاوامر التغييرية .